

Audience publique du 8 juin 2011

Recours formé par
la société anonyme ... S.A., ...
contre deux bulletins d'impôt émis par le bureau d'imposition Sociétés ...
en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et en matière d'impôt commercial communal

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 27432 du rôle et déposée le 29 octobre 2010 au greffe du tribunal administratif par Maître Jean-Pierre Winandy, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ... S.A., établie et ayant son siège social à L-..., représentée par « *ses organes légaux en fonction* », tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et d'un bulletin de l'impôt commercial communal, les deux visant l'année 2004, et émis en date du 12 août 2009 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 27 janvier 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 28 février 2011 par Maître Jean-Pierre Winandy pour compte de la demanderesse ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les bulletins critiqués ;

Entendu le juge-rapporteur en son rapport, ainsi que Maître Georges Simon, en remplacement de Maître Jean-Pierre Winandy, et Madame le délégué du gouvernement Monique Adams en leurs plaidoiries respectives.

Par courrier du 29 avril 2009, le bureau d'imposition Sociétés ... du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le bureau d'imposition », s'adressa à la société anonyme ... S.A., ci-après dénommée « la société ... », dans les termes suivants :

« En vertu du § 205(3) AO, je vous informe, préalablement à l'imposition, que le bureau Sociétés ... envisage de s'écarter de votre déclaration fiscale sur les points suivants :

- 1. La plus-value et les dividendes en relation avec la participation « ... S.A. » ne sont pas exonérées à hauteur de ... € (v. annexe)*
- 2. Mise en compte d'une perte reportable ... € (2003)*

Je vous prie de formuler vos objections éventuelles pour le 21 mai 2009 au plus tard. Ce délai passé l'imposition sera établie en tenant compte des points ci-dessus. »

Le 12 août 2009, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et un bulletin de l'impôt commercial communal, les deux visant l'année 2004, ci-après désignés par « les bulletins ». Le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités comporte la mention suivante : « *L'imposition diffère de la déclaration sur les points suivants Imposition établie conformément à notre lettre du 29 avril 2009 (...)* ».

Par courrier du 12 novembre 2009, la société ... fit introduire par l'intermédiaire de son mandataire une réclamation entre autres à l'encontre de ces bulletins auprès du directeur de l'administration des Contributions directes.

Cette réclamation étant restée sans réponse, la société ... a, par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 29 octobre 2010, introduit un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation des prédicts bulletins.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « Abgabenordnung », en abrégé « AO », et de l'article 8 (3) 3. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal est compétent pour statuer comme juge du fond sur le recours dirigé par un contribuable contre la décision qui a fait l'objet d'une réclamation dans l'hypothèse où aucune décision définitive du directeur n'est intervenue dans un délai de six mois à partir de la réclamation.

Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours en réformation introduit contre les bulletins. Un recours en réformation étant prévu en la présente matière, il n'y a pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation.

A l'appui de son recours, la demanderesse expose qu'au début de l'exercice 2004, elle aurait détenu, pour un montant total de ... euros, 3.723.347 actions dans la société ... S.A., ci-après désignée « la société ... », une société de droit français dont les titres seraient qualifiés de participation conformément à l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (LIR). Elle précise que le prix d'acquisition de ces actions aurait été partiellement financé par un emprunt de l'ordre de ... euros, sur base d'un taux d'intérêt de 2,15%.

Elle expose que le 22 avril 2004, elle aurait cédé 3.673.000 de ces actions, et, ensuite, en date du 2 août 2004, 128 actions supplémentaires, opération qui aurait entraîné une plus-value globale de ... euros. Elle aurait par ailleurs touché au cours de l'exercice 2004 un dividende de la part de la société ... d'un montant de ... euros.

La demanderesse déclare qu'il aurait été établi lors d'une discussion avec l'inspecteur du bureau d'imposition que pour l'exercice 2004, le montant des charges déductibles reportables sur la plus-value s'élèverait à ... euros et que les dépenses en rapport avec la société ..., autres que les dépenses d'intérêt, seraient fixées au montant de ... euros. Ledit inspecteur aurait encore estimé que les intérêts de l'emprunt relatif à l'acquisition des titres dans la société ... et non déductibles devraient être calculés sur la période s'étalant du 1^{er} janvier 2004 jusqu'au 2 août 2004, soit correspondant à un montant de ... euros.

En droit, la société demanderesse reproche en substance au bureau d'imposition d'avoir estimé que le montant des intérêts relatifs à l'emprunt ayant financé l'acquisition des titres détenus dans la société ... qui n'est pas déductible serait à calculer sur une période allant

du 1^{er} janvier 2004 au 2 août 2004, soit sur 216 jours, alors qu'elle estime que ledit calcul devrait être arrêté au 22 avril 2004, jour de la cession de 3.673.000 titres.

A cet égard, elle fait valoir que l'emprunt n'aurait financé que partiellement l'acquisition des titres, en l'occurrence seulement à hauteur de 3.109.348 titres, tandis qu'elle aurait cédé le 22 avril 2004 un nombre total de 3.673.000 titres.

Elle donne à considérer que suivant l'analyse civiliste classique, les intérêts seraient à qualifier de fruits civils et qu'en vertu de l'article 586 du Code civil, les fruits civils seraient réputés s'acquérir jour après jour, de sorte que les intérêts seraient à prendre en compte et à rattacher à la dette dont ils proviennent au jour où ils ont couru. La demanderesse ajoute que le régime fiscal applicable aux intérêts serait fonction de leur jour d'acquisition. En l'espèce, jusqu'au 22 avril 2004, les intérêts auraient couru sur un emprunt contracté pour l'acquisition des titres dans la société ... et constitueraient dès lors des charges financières non déductibles à hauteur des revenus exonérés. Par contre, à compter du 22 avril 2004, cette participation aurait été partiellement cédée, de sorte qu'en conséquence, les intérêts courus après cette date ne seraient plus liés à un revenu exonéré, étant donné que le prêt ne financerait plus ladite participation, de manière que les intérêts seraient à nouveau déductibles.

La demanderesse admet que la difficulté résiderait à définir et à attribuer à des biens fongibles les différentes formes de financement utilisées pour l'acquisition desdits biens. S'agissant de biens fongibles, il serait impossible d'identifier quels titres seraient en relation avec tel financement ou même à déterminer les dates d'entrée ou de sortie du patrimoine de tel bien.

Cependant en l'espèce, il faudrait constater qu'environ 98,65% des titres détenus dans la société ... auraient été cédés le 22 avril 2004, de sorte que même si l'affectation de la totalité de l'emprunt aux titres cédés ne serait pas reconnue, seule la fraction des intérêts rattachables aux participations restantes, soit 1,35% des titres, seraient non déductibles pendant la période allant du 23 avril 2004 jusqu'au 2 août 2004.

Le délégué du gouvernement précise que l'acquisition de la participation dans la société ... en 2000 aurait été financée par deux prêts, dont l'un à hauteur de ... d'euros.

Il souligne qu'il ne serait pas contesté que les revenus dégagés par la cession de cette participation en 2004 bénéficient du régime d'exonération prévu par l'article 166, alinéa 9, numéro 1 LIR et par l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 LIR, et que la demanderesse ne contesterait pas non plus le calcul de la plus-value de cession effectuée par le bureau d'imposition, qui aurait été scindée en une composante exonérée d'impôts et en une composante imposable.

En rappelant le principe de la non-déductibilité des frais en relation avec des revenus exonérés sur le fondement de l'article 45 (2) LIR, la partie étatique précise que le présent litige serait limité au différend existant entre les parties quant au sort fiscal à réserver aux intérêts payés au cours de l'année 2004 au titre de l'emprunt relatif à l'acquisition de la participation dans la société

Le délégué du gouvernement se prévaut de l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, suivant lequel la preuve des faits libérant de l'obligation fiscale ou réduisant la cote d'impôt appartient au contribuable, en donnant à considérer que la demanderesse se limiterait au simple renvoi aux dispositions générales du Code civil en matière de droit de l'usufruitier, mais qu'elle

n'apporterait aucun autre élément ou pièce concrets démontrant le caractère déductible des intérêts payés après le 22 avril 2004. Plus particulièrement, elle resterait en défaut de produire les actes de cession des participations des 22 avril et 2 août 2004. Elle fournirait pas non plus des indications sur la nature de la cession des participations en question, sur la question de savoir s'il s'agit d'une cession boursière ou d'une cession privée, sur la date du paiement par le cessionnaire, voire la date de la réception du prix de vente, sur l'utilisation du prix de la cession et, enfin, sur la question de savoir si le prêt litigieux a été remboursé ou non.

Le délégué du gouvernement conclut qu'à défaut de cette preuve, les affirmations de la demanderesse quant à la déductibilité des intérêts litigieux payés après le 22 avril 2004 au titre de dépenses d'exploitation resteraient à l'état d'une pure allégation dénuée de tout fondement.

Face aux contestations du délégué du gouvernement, la société demanderesse déclare, dans son mémoire en réplique, verser des pièces supplémentaires et conclut pour le surplus à l'applicabilité de l'article 586 du Code civil au calcul des intérêts des sommes d'argent en se fondant à ce titre sur un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1908.

En l'espèce, les parties sont en accord pour retenir que les revenus dégagés de la cession de la participation détenue par la demanderesse dans la société ... sont à considérer comme des revenus exonérés au sens de l'article 166 LIR, conformément à la ventilation effectuée par le bureau d'imposition.

Les parties sont encore en accord, et cela se dégage d'ailleurs des pièces produites par la demanderesse, que l'emprunt litigieux a été contracté pour financer, du moins en partie, l'acquisition de la participation dans la société ..., de sorte que les intérêts dudit emprunt sont en relation directe avec des revenus exonérés et partant sont à considérer, en principe, comme des dépenses d'exploitation non déductibles.

Les parties sont en l'espèce en litige sur le traitement fiscal des intérêts relatifs au prédit emprunt payés entre le 22 avril et le 2 août 2004, que la demanderesse entend en l'espèce déduire à titre de dépense d'exploitation.

Aux termes de l'article 45 (2) LIR : *« Ne sont pas déductibles les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec des revenus exonérés »*.

Aux termes de l'article 166, alinéa 5, numéro 1 LIR, tel qu'applicable à l'année fiscale 2004 : *« Dans la mesure où un revenu est exonéré en application de l'alinéa 1^{er}, ne sont pas déductibles : 1. Les dépenses d'exploitation en relation directe avec ce revenu »*.

Il se dégage des explications des parties ainsi que des pièces versées aux débats, et plus particulièrement d'une note de calcul établie par le bureau d'imposition intitulée *« frais en relation avec la participation ... S.A. »*, que le bureau d'imposition a refusé la déductibilité des intérêts débiteurs jusqu'au 2 août 2004.

La demanderesse estime que les intérêts seraient déductibles dès le 22 avril 2004, date de la cession de la majeure partie de sa participation dans la société ..., jusqu'au 2 août 2004, ou du moins, même si l'affectation de la totalité de l'emprunt aux titres cédés en avril 2004 ne devrait pas être reconnue, ils devraient l'être pendant la susdite période à concurrence de la participation vendue en avril 2004.

En vertu de l'article 59 de la loi précitée du 21 juin 1999 *« la preuve des faits libérant de l'obligation fiscale ou réduisant la cote d'impôt appartient au contribuable »*, de sorte que

face aux contestations de la partie étatique, il appartient à la demanderesse d'établir qu'elle est en droit de déduire des intérêts débiteurs visant la période litigieuse entre le 22 avril et le 2 août 2004. En l'occurrence, il lui appartient d'établir qu'à partir du 22 avril 2004 elle a payé des intérêts qui ne sont plus en relation économique directe avec des revenus exonérés dégagés de la participation dans la société

En l'espèce, la partie étatique émet plus particulièrement des contestations quant à la nature de la cession des titres, quant à la date de la perception du prix de vente, quant à l'utilisation du produit de la cession et quant au remboursement du prêt.

Il se dégage des pièces produites en cause par la demanderesse que suivant une notice du 15 avril 2004, une option suivant un « *share option agreement* » du 26 juin 2003 conclu entre la demanderesse, anciennement ..., respectivement ... S.A., et une société ..., a été levée et que suivant ladite notice la demanderesse a invité la société ... de payer le prix de cession de 3.673.000 actions dans la société ... avec valeur au 22 avril 2004 contre remise des titres le même jour. Il se dégage encore d'un échange de courriers entre la demanderesse et une société ... que les parties se sont mises d'accord sur la cession de 128 actions dans la société ... et que le prix de la cession serait à payer avec valeur au 2 août 2004. Il ressort enfin des pièces du dossier qu'un remboursement en capital et intérêts pour un montant total de ... euros relatif au prêt litigieux a été effectué en date du 12 octobre 2004.

Cependant eu égard aux contestations de la partie étatique sur la date exacte de la cession et de la perception du prix de cession, le tribunal constate que la demanderesse est restée en défaut de lui soumettre des pièces justificatives relatives à l'exécution de la levée d'option, respectivement de l'accord sur la cession des 128 titres restants, et permettant ainsi de déterminer, d'une part, à quelle date le transfert des actions a effectivement eu lieu et partant de déterminer à quelle date les actions sont sorties du patrimoine de la demanderesse, et de déterminer, d'autre part, à quelle date le prix de cession a effectivement été encaissé.

Ce n'est en effet qu'à partir du moment où les titres sont sortis du patrimoine de la demanderesse et que le prix de la cession a été encaissé que les intérêts débiteurs du prêt litigieux, accrus dans la suite, peuvent être considérés comme ayant perdu leur relation économique avec les revenus exonérés dégagés par la participation dans la société

A défaut des justificatifs permettant d'établir, au regard des considérations retenues ci-avant et au regard des contestations de la partie étatique, la perte de la relation économique des intérêts payés à partir du 22 avril 2004 avec les revenus exonérés dégagés par la participation dans la société ..., la partie demanderesse doit être déboutée de son recours.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, troisième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

se déclare compétent pour connaître du recours principal en réformation ;

le déclare recevable en la pure forme ;

au fond, le déclare non justifié, partant en déboute ;

dit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation ;

condamne la demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par :

Martine Gillardin, vice-président,
Annick Braun, juge,
Andrée Gindt, juge,

et lu à l'audience publique du 8 juin 2011 par le vice-président, en présence du greffier
Judith Tagliaferri.

s. Judith Tagliaferri

s. Martine Gillardin

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 09.06.2011

Le Greffier du Tribunal administratif